



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Derecho Mercantil

Curso 2014/2015

PUBLICIDAD ENCUBIERTA Y EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO

Ángel Maíllo Seco

Mercedes Curto Polo

Junio 2015

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Derecho Mercantil

**PUBLICIDAD ENCUBIERTA Y
EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO**

**SURREPTITIOUS ADVERTISING
AND PRODUCT PLACEMENT**

Ángel Maíllo Seco
u126345@usal.es

Mercedes Curto Polo

RESUMEN

Este trabajo se centra en el estudio del tratamiento jurídico de la publicidad encubierta y el emplazamiento de producto. En primer lugar, habría que señalar que la publicidad encubierta debe entenderse como una modalidad o técnica publicitaria que induce a error a los destinatarios sobre su verdadera naturaleza, ya que esta conducta se realiza en un contexto de contenidos no publicitarios. Ésta debe catalogarse como ilícita, ya que debe ser analizada a la luz del principio básico de separación e identificación del mensaje publicitaria respecto del resto de contenidos, es decir, debe regirse por el principio de autenticidad, uno de los garantes máximos de la actividad publicitaria, es decir, si se separa y se identifica el mensaje publicitario, la práctica será considerada lícita, lo que supone la tutela de los intereses del público destinatario, ya que al conocer el carácter publicitario de estas prácticas, pueden valorarlas de acuerdo a su verdadera naturaleza. De lo anteriormente dicho, se deduce que estaremos ante una práctica legítima si su naturaleza comercial se revela. Si por el contrario, este carácter no se aprecia, nos encontraremos ante un ilícito publicitario, lo que acarrea la calificación de práctica desleal de la concreta práctica publicitaria encubierta. En segundo lugar, el emplazamiento de producto puede definirse como una técnica de comunicación publicitaria audiovisual, que consiste en introducir o emplazar un producto, servicio o marca comercial, para que figure en una obra audiovisual, a cambio de una remuneración económica u otro tipo de contraprestación similar. Sobre esta figura, la normativa comunitaria establece una prohibición general a su uso, reservando su posible utilización al cumplimiento de los denominados requisitos de licitud fijados en la ley. Por otro lado el ordenamiento jurídico español ha fijado en los últimos años una regulación explícita relativa a la técnica del emplazamiento de producto, en la LGCA, donde se considera expresamente distinta de la comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta, y por tanto a la publicidad encubierta.

PALABRAS CLAVE: PUBLICIDAD ENCUBIERTA, EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO, COMPETENCIA DESLEAL, COMUNICACIÓN COMERCIAL, PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD.

ABSTRACT

In this end-of-degree project, we focus on the study of the legal treatment of surreptitious advertising and product placement. First of all it s neccesery to note that surreptitious advertising must be understood as a form or advertising technique that mislead recipients about their true nature, since this behavior takes place in a context of non-advertising content. Therefore It should be classified as illegal, since it must be analyzed in the light of the basic principle of separation and identification of advertising message about the rest of the content, it must be based on the principle of authenticity, one of the greatest guarantors of advertising activity it means, if we separate and identify the advertising message, the practice will be considered as lawful , getting the protection of the target public's interests since knowing the advertising nature of these practices, they can evaluate them according to their true nature. From the above , we can deduce that we face a legitimate practice if its commercial nature is revealed. However, if this character is not appreciated, we will face an advertising illegal, which carries the rating of unfair practice, the particular disguised advertising practice. Secondly, the product placement can be defined as an audiovisual communication advertising technique that consists in placing a product, service or trademark, to be included in an audiovisual work, in return for payment or for similar consideration. In this figure, EU legislation provides a general ban on its use, reserving its possible use to fulfill the requirements of legality called. On the other hand the Spanish legal system in recent years has set explicit rules on the technique of product placement in LGCA, where it is considered specifically different from the surreptitious television audiovisual commercial communication, and therefore surreptitious advertising.

KEYWORDS: SURREPTITIOUS ADVERTISING, PRODUCT PLACEMENT, UNFAIR COMPETITION, COMMERCIAL COMMUNICATION, PRINCIPLE OF AUTHENTICITY.

Índice.

1. Introducción.	5
2. Publicidad y prácticas comerciales encubiertas. Concepto.	6
3. Regulación jurídica de la publicidad encubierta.	9
3.1 Legislación comunitaria.	9
3.2 Ley de Competencia desleal.	13
3.3 Ley General de Publicidad.	23
3.4 Normativa de comunicación audiovisual.	25
3.5 Publicidad encubierta como acto de competencia desleal por infracción de normas.	26
3.6 Protección jurisdiccional y régimen sancionador de las prácticas encubiertas.	28
4. Emplazamiento de producto.	34
4.1 Origen y evolución histórica de la figura.	34
4.2 Concepto y régimen jurídico: Normativa comunitaria y Derecho nacional.	35
5. Conclusiones generales.	43
6. Bibliografía y jurisprudencia	45

1.- Introducción.

Este trabajo tiene por objeto de estudio el análisis detallado de dos figuras estrechamente vinculadas dentro de la rama mercantil del ordenamiento jurídico, la publicidad encubierta y el emplazamiento de producto o product placement. Realizaremos esta ardua tarea haciendo especial hincapié en el Derecho de la competencia, centrándonos en la actual Ley de competencia desleal, que tras las reformas introducidas en los últimos años, adquiere vital trascendencia para el análisis de ambas figuras. Por otro lado, resulta de gran importancia, para proseguir con nuestro fin, el estudio de la diversa normativa que conforma el Derecho de la publicidad. A lo largo de este trabajo, se observará como el papel del legislador comunitario se presenta imprescindible a la hora establecer las notas caracterizadoras, así como al fijar los límites que predeterminarán, o no, la aparición de la publicidad encubierta o del emplazamiento de producto, y que por tanto nos mostrarán la vinculación entre ambas, así como sus principales diferencias.

En cuanto a la estructura de este trabajo, vendrá determinada por dos grandes bloques: En el primero se desarrollará la conceptualización y la actual regulación jurídica de la publicidad encubierta¹, comunitaria y nacional, así como su protección jurisdiccional. El segundo bloque abarca todo lo relativo al emplazamiento de producto, comenzando por su origen y evolución histórica, centrándonos posteriormente en su conceptualización y régimen jurídico, y que del mismo modo que en el análisis de la publicidad encubierta se realizara desde el punto de vista comunitario y nacional. Ambos bloques estructurales, serán completados con referencia a jurisprudencia, cuya mención es necesaria para una mejor comprensión de estos dos conceptos.

En cuanto a la metodología seguida para la realización de este trabajo, es de total importancia el uso de materiales bibliográficos dedicados al estudio del Derecho mercantil, centrándonos en lo relativo al Derecho de la competencia desleal y el Derecho de la publicidad. Todo esto se resume en el principal objetivo de analizar la publicidad encubierta y el product placement desde un plano jurídico, aunque se también se hagan alusiones desde un punto de vista social que faciliten una mejor comprensión de ciertos aspectos del trabajo. Sin más dilación, empecemos.

¹ Y con ella, de las prácticas comerciales encubiertas.

2.- Publicidad y prácticas comerciales encubiertas. Concepto.

¿Qué son las prácticas comerciales encubiertas? ¿Qué es la publicidad encubierta? Obviamente este es el primer interrogante que ha de formularse quien pretende realizar un estudio detallado de estas figuras. Pues bien, la definición de publicidad encubierta la podemos encontrar en la DIRECTIVA 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007², concretamente en la letra j) de su artículo primero³, no exactamente bajo el mismo término⁴, donde establece que a efectos de la presente Directiva se entenderá por “*comunicación comercial audiovisual encubierta*”: *la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se considerara intencionada, en particular, si se hace a cambio de una remuneración o contraprestación similar*. Esta definición ha sido la adoptada por el legislador europeo en los últimos años, pero no es menos cierto que se debe hacer mención a otras.

Para la conceptualización de esta figura ha sido totalmente trascendente la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “ALTER CHANNEL”⁵ en la sentencia de 9 de junio de 2011, dónde se trataba la libre prestación de servicios en lo relativo a diversas actividades económicas y en el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, desde la perspectiva de la Directiva 89/552/CEE se aborda alguno de los rasgos diferenciadores del concepto de “publicidad encubierta”⁶, en concreto el relativo a si el abono de una remuneración, pago o contraprestación de otra naturaleza constituye un elemento conceptual indispensable del propósito

² Por la que se modifica la Directiva 89/522/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

³ En el mencionado artículo, el legislador europeo articula una serie de definiciones para distintos términos o figuras jurídicas, reguladas en la propia Directiva, utilizando al inicio de este artículo la expresión “a efectos de la presente Directiva, se entenderá por”.

⁴ Ya que el utilizado es comunicación comercial audiovisual encubierta

⁵ Caso Eleftheri tileorasi AE «ALTER CHANNEL» Konstantinos Giannikos contra Ypourgos Typou kai Meson Mazikis; TJCE 2011\171.

⁶ En esta resolución el TJUE establece diversos criterios para la configuración de esta figura. Quizás el aspecto mas significativo de este sentencia es que para el Tribunal la existencia de una remuneración o de un pago similar no constituye un elemento necesario para poder determinar el carácter intencional de una publicidad encubierta.

publicitario⁷. EL TJUE, resolvió este asunto en la mencionada sentencia, la cual se originó por el planteamiento de cuestión prejudicial, declarando que el artículo 1.d) de la Directiva 89/552/CEE debe interpretarse en el sentido de que la existencia de una remuneración o de un pago similar no constituye un elemento necesario para poder determinar el carácter intencional de una publicidad encubierta. Ya que no puede excluirse, que la normativa de un Estado miembro establezca, además de la existencia de una remuneración o de un pago similar, otros criterios que permitan determinar el carácter intencional de una publicidad encubierta

Prosiguiendo en el análisis de esta figura, la definición establecida en el artículo 2 apartado 32 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual⁸, no es de necesaria reproducción, ya que esta disposición adopta de manera literal la contenida en la Directiva 2007/65/CE en su artículo 1.j), lo que denota un claro afán de seguir de forma precisa las indicaciones del legislador europeo en esta materia. Similar definición existía en la normativa de televisión, en concreto la contenida en el artículo 3.d de la Ley 25/1994 de 12 de Julio⁹, en este caso bajo el termino de publicidad encubierta. Destacar de esta última que si hacía alusión a la presentación sonora, aspecto no mencionado en las anteriores.

Aunque pueda resultar raro, la Ley General de Publicidad¹⁰ no establece ninguna disposición específica para definir esta figura, del mismo modo que no se hacía en el ya derogado, precisamente por esta ley, Estatuto de la Publicidad de 1964. Esto no quiere decir que no se hiciera referencia a ella de forma implícita, aunque sin llegar a definirse, en varios artículos generalmente los relacionados con el principio de autenticidad, el cual se estudiará con más detalle avanzado el trabajo. De hecho, la actual LGP así lo hace en su artículo 9, aludiendo al deslinde de la información publicitaria de la informativa, así como la identificación de su verdadero carácter.

⁷ Aspecto que parecía consustancial a la figura debido a la definición dada en el artículo 1.d) de la Directiva 89/522/CEE: *“la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del organismo de radiodifusión televisiva, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se considerará intencionada, en particular, si se hiciere a cambio de una remuneración o de un pago similar”*

⁸ Ley 7/2010 de 31 de Marzo, RCL 2010/957.

⁹ Sobre actividades de radiodifusión televisiva, la cual estuvo vigente hasta el 1 de mayo de 2010.

¹⁰ Ley 34/1988, de 11 de noviembre,

Asimismo el artículo 26 de la reformada Ley de Competencia Desleal¹¹, al catalogar como desleales estas prácticas comerciales encubiertas, entiende con carácter general las mencionadas prácticas, como aquellas que incluyan información en los medios de comunicación sin que quede claramente especificado o claramente identificado para el consumidor que se trata de un contenido publicitario. De momento nos limitamos a esta breve alusión a este precepto, ya que posteriormente, será objeto de estudio en un punto concreto del trabajo, como así ha quedado establecido en el índice¹².

Por último, es de imprescindible referencia, la mención a este concepto desde la perspectiva del profesor FERNÁNDEZ-NOVOA, ya que a él corresponde el mérito de haber perfilado el concepto de publicidad encubierta en el ordenamiento jurídico español.¹³ Concretamente al analizar y estudiar el antiguo artículo 9¹⁴ del ya derogado Estatuto de la Publicidad, el profesor subrayaba que por contraste con el anuncio en sentido propio que aparece ante el consumidor como una manifestación publicitaria en la que la empresa ensalza sus productos y trata de influir sobre el consumidor para que los adquiera, la publicidad encubierta se presenta ante los ojos de los consumidores como una información objetiva que oculta la opinión subjetiva de un empresario que alaba sus mercancías. Y que por tanto podríamos hablar de publicidad oculta o publicidad disfrazada, en la medida en que el correspondiente mensaje se presenta ante los consumidores bajo la apariencia de un mensaje informativo, o bien bajo el de un mensaje de cualquier otra naturaleza, pero no publicitaria.

Apartándonos de disposiciones legislativas o de autores expertos en el tema que estudien la publicidad encubierta, si preguntáramos a cualquier persona ajena al mundo de la publicidad o al mundo jurídico, seguramente nos definirían esta figura como aquella que utiliza el contexto de cualquier otro mensaje, comunicación o programa para colar su información a la audiencia, a los destinatarios de forma silenciosa o sutil, sin que nadie aprecie que se trata realmente de un anuncio.

De todo lo anteriormente expuesto se ha de observar, la forma en la que se han definido las prácticas comerciales encubiertas o la publicidad encubierta, y la trascendencia que

¹¹ A través de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

¹² Remisión al punto 3.2, página 13.

¹³ FERNÁNDEZ-NOVOA, “La publicidad encubierta”, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, págs 183 y ss.

¹⁴ El cual hacía referencia al denominado principio de autenticidad.

tiene esta figura en la sociedad de la comunicación, así como en lo que más atañe a nuestro trabajo, es decir, en su ordenamiento jurídico.

3. Regulación jurídica de la publicidad encubierta.

Tras la nota introductoria que desprende el punto anterior, nos concierne ahora abordar desde una perspectiva más detallada la regulación de las prácticas comerciales encubiertas, centrándonos en la publicidad encubierta¹⁵. Para ello es necesario abordar este análisis desde distintos puntos planos del ordenamiento jurídico, ya sea el nacional o el comunitario, y desde distintos ámbitos materiales en relación al contenido de regulación de esas concretas normas.

3.1- Legislación comunitaria.

El legislador europeo desde hace ya un tiempo se ha dado cuenta que la regulación de esta figura debe ser objeto de su trabajo, principalmente por el trascendente papel de ésta en la sociedad de la comunicación actual. Por ello en estos años ha venido desarrollando normativa a través de distintas Directivas que se han ido trasponiendo a los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea.

Cronológicamente hablando, la primera referencia a la que se debe aludir es a la Directiva 89/552/CEE sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Esta Directiva fijó una base para la normativa europea en la regulación de esta materia, siendo modificada hasta la fecha en varias ocasiones¹⁶, principalmente debido a que el ámbito objetivo de este texto ha sufrido una auténtica revolución en las casi tres décadas transcurridas desde la primera, y por tanto el legislador se ha visto obligado a actualizar y poner al día la legislación para que ésta se ajuste lo más posible a la realidad fáctica de las actividades de radiodifusión televisiva.

Entrando a valorar la regulación comunitaria actual, hemos de hablar de la Directiva 2007/65/CE, ya mencionada en este trabajo. En concreto este texto europeo alude al carácter encubierto de las prácticas comerciales con anterioridad a su propio articulado,

¹⁵ Remisión al párrafo 2º de la página nº12 de este trabajo, donde se expresa la diferencia entre práctica comercial y publicidad.

¹⁶ En relación a estas modificaciones, señalar que la Directiva 97/36/CE de 30 de Junio, fue la primera que vino a modificar la 89/522/CEE, hasta el punto que otorgaba en su artículo 2 , un plazo de 18 meses para la incorporación de esta modificación a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

ya que en su Considerando¹⁷ nº 60 establece que: *“La comunicación audiovisual con fines comerciales encubiertos es una práctica que prohíbe la presente Directiva, por su efecto negativo sobre los consumidores. La prohibición de la comunicación audiovisual con fines comerciales encubiertos no debe afectar al emplazamiento legítimo de productos en el marco de la presente Directiva, siempre que se informe adecuadamente al espectador de dicho emplazamiento, condición que puede cumplirse señalando el hecho de que en un determinado programa hay emplazamiento de producto, por ejemplo, mediante un logotipo neutro”*. Se observa el interés que el legislador europeo tiene a la hora de tratar las prácticas encubiertas como prohibidas, basándose principalmente en la protección de los consumidores de estas comunicaciones, ya que deben ser considerados parte débil de estas relaciones. La mencionada Directiva es la que marca el camino del actuar de los medios de radiodifusión televisiva en la actualidad, ya que ha sido traspuesta a los Estados miembros y en concreto al que más nos atañe, al ordenamiento jurídico español¹⁸. En relación a la concreta definición de la comunicación comercial encubierta establecida en el texto europeo es necesaria la remisión al punto anterior de este trabajo donde ya se trató tal disposición¹⁹. Resulta también importante el Considerando nº58 de la mencionada Directiva, debido a que alude de forma indirecta a la publicidad encubierta señalando en esta disposición: *La presente Directiva pretende salvaguardar el carácter específico de la televisión europea, en la que la publicidad se inserta preferiblemente entre los programas y de ese modo limita las posibles interrupciones de obras cinematográficas y películas rodadas para la televisión así como de determinadas categorías de programas que aún necesitan protección específica*. No existe duda en la interpretación, ya con la expresión “insertada entre programas”, el legislador está emplazando a los operadores de comunicación, a que realicen la actividad publicitaria preferiblemente entre sus programas o contenidos, queriendo evitar que éstos lo hagan dentro de ellos, y por tanto pueda dar lugar a supuestos de publicidad encubierta²⁰.

El Considerando 55, realiza una mención indirecta a la no inclusión de estas prácticas en los medios de comunicación, al menos respecto a la publicidad televisiva y a la

¹⁷ Término que expresa la razón esencial que precede y sirve de apoyo al precepto de una ley, fallo, dictamen, etc., y que en documentos legales se exponen tras la palabra considerando

¹⁸ En este caso, el legislador nacional optó por trasponer esta Directiva a través de la Ley General de Comunicación Audiovisual.

¹⁹ Remisión al apartado “Publicidad y prácticas comerciales encubiertas. Concepto”, pág 6 de este trabajo.

²⁰ Sin perjuicio del posible el emplazamiento publicitario, objeto de estudio del segundo bloque de este trabajo.

televenta, estableciendo que para éstas rige el principio de separación²¹, en relación a sus contenidos o programas y su actividad publicitaria.

Tras el análisis de estas disposiciones se llega quizás, al precepto más trascendente de esta Directiva 2007/65/CE, el relacionado con la publicidad o comunicación comercial audiovisual encubierta, fijado en el Capítulo II Bis, de ésta, en concreto en su artículo 3 sexies apartado 1 letra a, donde se establece: *1. Los Estados miembros velarán por que las comunicaciones comerciales audiovisuales realizadas por prestadores sujetos a su jurisdicción observen las siguientes prescripciones: a) las comunicaciones comerciales audiovisuales deben ser fácilmente reconocibles como tales; queda prohibida la comunicación comercial audiovisual encubierta.*

Se aprecia de nuevo, el afán que rige el actuar de esta Directiva consistente en la prohibición de las prácticas comerciales audiovisuales encubiertas, fijando tal, como la primera prescripción (o al menos así se reproduce en este precepto) por la que deben velar los Estados miembros. Esta disposición introduce en su reproducción literal uno de los principios más trascendentes en el regir de la actividad o práctica publicitaria, el denominado principio de autenticidad, bajo la expresión “deben ser fácilmente reconocibles”. Un principio utilizado por los ordenamientos jurídicos desde los inicios de la publicidad en los medios de comunicación, que llega hasta la actualidad, el cual proporciona una mayor protección al consumidor o usuario al que va dirigida la actividad publicitaria, y que permite que a este sujeto identificar el mensaje publicitario que se le presenta, sin inferir a error y catalogar esta publicidad como cualquier otro tipo de comunicación o información. La última mención a esta Directiva, tan importante a la para el fin de este trabajo, permite relacionarla con otra disposición europea, del mismo rango que analiza estas prácticas comerciales, aunque esta última lo hace desde otro punto de vista, ya que en su Considerando nº 56 establece: *Aparte de las prácticas reguladas por la presente Directiva, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, se aplica a las conductas comerciales desleales, tales como las prácticas engañosas y agresivas que tienen lugar en los servicios de comunicación audiovisual.* Este precepto establece

²¹ Ciertamente es que dicho principio, no debe impedir el uso de las nuevas técnicas de la publicidad, aspecto señalado en el citado Considerando 55 de esta Directiva, ya que el legislador tampoco pretende atentar contra la evolución en las técnicas o métodos publicitarios

la necesidad, de una remisión a la mencionada Directiva, por ello hemos de entrar a analizarla, o al menos, los aspectos trascendentes para el estudio de la publicidad encubierta.

Pues bien, la Directiva 2005/29/CE de 11 de Mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores²². Es una directiva de amplia temática, de cuyo contenido nos interesa principalmente qué debe considerarse como práctica comercial; pues bien su artículo 2.d dispone que se entenderá por tal: *todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores*. De la propia redacción del precepto, se infiere la expresa inclusión de la publicidad, y de su género, las comunicaciones comerciales²³ dentro de las prácticas comerciales. Por ello la conducta relevante, esto es, la práctica comercial incluye la publicidad, siendo esta una de las modalidades más importantes y significativas de las que se recogen en el articulado de actuaciones positivas y negativas que delimitan el ámbito objetivo de aplicación del texto comunitario. Al encuadrar estas prácticas bajo las disposiciones de esta Directiva, el legislador pone fin a la singularidad concedida a la actividad publicitaria en el ordenamiento jurídico común, en relación con la regulación correspondiente a los actos de competencia desleal. O dicho de otro modo, a partir de esta regulación la publicidad, que para el legislador constituye una práctica comercial, se podrá atacar desde su posible carácter desleal, y así otorgar una mayor protección al consumidor al que va dirigida. Pero, tras este actuar en el legislador europeo, ¿cuándo podremos decretar la deslealtad de estas prácticas? Pues bien para ello se ha de analizar la normativa de Competencia desleal actual en nuestro ordenamiento jurídico a la luz de esta Directiva, ya que se ha visto modificada en estos últimos años, principalmente por las disposiciones incluidas en la 2005/29/CE de 11 De mayo de 2005.

²² En el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, “Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”

²³ La Comisión Europea asumió una noción amplia de comunicación comercial en el Libro Verde de la Comisión sobre las Comunicaciones Comerciales en el Mercado Interior, COM (96) 192 final: “Todo tipo de comunicación que tenga como finalidad la promoción de los servicios, los productos o la imagen de una empresa u organización entre los consumidores finales o los distribuidores”. “El término incluye todo tipo de publicidad, marketing directo, patrocinio, promoción de ventas y relaciones públicas”.

3.2- Ley de Competencia desleal

La ley 3/1991, de 10 de Enero de Competencia Desleal, se ve modificada de una forma amplia y trascendente, a través de la Ley 29/2009 de 30 de Diciembre²⁴, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, obedeciendo a la necesaria incorporación al Derecho interno español de lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE de 11 de Mayo de 2005²⁵. Como se señaló de forma breve en el primer gran punto de este trabajo es el artículo 26 de esta ley, el que regula la publicidad encubierta, en concreto bajo el término de prácticas comerciales encubiertas establece que: *Se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario*. Tal y como indica la Profesora y Doctora de Derecho Mercantil, NEREA IRACULIS ARREGUI²⁶, en este precepto se describe una conducta publicitaria en particular, que es la denominada publicidad redaccional, al tipificarse la deslealtad de la inserción del mensaje en el contenido editorial de un medio de comunicación, para así promover la contratación de un bien o servicio a cambio de una contraprestación económica, y sin los elementos de identificación del carácter publicitario. Esto hace que se tipifique como concreta práctica comercial encubierta la publicidad encubierta. Además el hecho de señalar como conducta o práctica relevante la actuación publicitaria, nos permite diferenciar ésta de otras expresamente tipificadas a lo largo de la Ley de Competencia Desleal²⁷.

Tras esta introducción sobre la publicidad encubierta en la normativa de competencia desleal, se ha de analizar con más detalle esta práctica. No es menos cierto que entre las razones para estudiar o destacar la mencionada práctica desde esta perspectiva, no estaría la novedad, pues la publicidad encubierta se ha venido regulando con detalle en el contexto de la Ley General de Publicidad, en concreto en la redacción original de esta

²⁴ RCL 2009,2633

²⁵ LCEur 2005, 1143

²⁶ NEREA IRACULIS ARREGUI, “Prácticas comerciales encubiertas” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num. 8/2011. BIB 2011\1667

²⁷ Como podría ser el caso de las denominadas prácticas señuelo, donde el elemento relevante es la oferta de un producto o servicio bajo unas determinadas condiciones, por lo que la difusión o publicidad de la posibilidad de adquirir en esas condiciones es irrelevante

norma²⁸, en su artículo 11, y en la normativa sobre actividades de radiodifusión televisiva²⁹. Esto nos demuestra que la publicidad encubierta es una práctica habitual, clásica y obviamente trascendente desde un punto de vista concurrencial, siendo su aplicación al Derecho la que ha dado lugar a controversias y ha suscitado problemáticas, en concreto, su inclusión o no bajo la denominada publicidad engañosa. Por estos motivos, la doctrina ha venido debatiendo si la publicidad encubierta es una modalidad autónoma o si, habría que subsumirla o encuadrarla bajo alguna de las modalidades publicitarias consideraras ilícitas por la LGP, siendo la posición mayoritaria de la doctrina optar por esta segunda vía, y catalogarla como publicidad engañosa. De hecho el legislador español, siguiendo a pies juntillas lo establecido por el legislador comunitario, decide calificar la publicidad encubierta como una hipótesis específica de las prácticas comerciales engañosas. Ahora, ¿realmente la publicidad encubierta es publicidad engañosa?, o en cierto modo ¿aun existiendo una indiscutible cercanía³⁰ entre ambas estamos ante figuras diferentes? Para resolver esta cuestión, innumerables veces planteada por la doctrina, así como por los distintos legisladores nacionales o supranacionales, hay que realizar un análisis de la Ley de Competencia Desleal, en concreto de la relaciones entre estas figuras y sus características esenciales, para así poder resolver las cuestiones anteriormente planteadas.

El capítulo III de la LCD es el encargado de recoger las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios. Antes de entrar en detalle sobre estas prácticas, es importante señalar que la mencionada norma se estructura de una forma concreta, con motivo de la modificación relativa a la Directiva 2005/29/CE. Por una parte con un bloque integrado por las conductas consideradas actos de competencia desleal de carácter general, dentro de las cuales existen algunas que constituyen también prácticas comerciales con los consumidores, como así establece el artículo 19.1 de la LCD³¹. Y por otra parte, estaría el bloque formado por las prácticas comerciales desleales con los consumidores, aspecto que señala el precepto 19 apartado 2 de dicha ley³². Cabe señalar que esta distribución o

²⁸ Redacción del texto original, publicado el 15/11/1988, en vigor a partir del 05/12/1988, hasta el 31/12/2009.

²⁹ Norma que establecía el carácter prohibido de la publicidad encubierta.

³⁰ Como sería la aplicación de la prohibición de engaño.

³¹ Artículo 19.1 LCD: Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley.

³² Art 19.2 LCD: Las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son en todo caso y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores

división, no ha sido del todo convincente para la doctrina, de hecho ha sido duramente criticada por parte de ésta, ya que provoca una ruptura de la unidad estructural característica de este sector, no ocurriendo esto con la estructura misma de los tipos generales de deslealtad, ya que se consigue una interpretación factible para aquellos casos en que el destinatario sea un consumidor³³.

Pues bien, dentro de esta segunda parte, el artículo 26, recoge de manera expresa un supuesto específico de publicidad encubierta conocido como publicidad redaccional. A través de este precepto se tipifica un ejemplo concreto de publicidad encubierta, que de su literalidad, merece en toda circunstancia la calificación como engañosa y por tanto, desleal. Esta mención específica a la publicidad encubierta, no va a impedir que en los casos o prácticas donde no concurren los establecidos requisitos para la aplicación de este precepto, se pueda considerar como posible publicidad encubierta, y por tanto desleal. Esto se debe a la estrecha vinculación del artículo 26 con los artículos 5 y 7 de la LCD. Ya que al no cumplirse los requisitos exigidos para subsumir una práctica bajo el artículo 26 LCD, pero plantearse la hipótesis de que esta publicidad encubierta si pueda ser calificada como acto de engaño u omisión engañoso en virtud de los preceptos anteriormente mencionados, nos obliga a analizar éstos y observar si de la concurrencia de los presupuestos o caracteres que en estos se enumeran permite afirmar la calificación de una práctica comercial como encubierta (y por tanto engañosa). De hecho el artículo 26 se encuentra en una clara relación de especialidad con respecto a los artículos 5 y 7, siendo estos últimos los que con carácter general establecen como un supuesto de práctica comercial engañosa, las practicas encubiertas. Pero aun existiendo esta vinculación o relación es el precepto vigesimosexto, el trascendente a la hora de descartar el encaje de la publicidad encubierta dentro de los actos u omisiones engañosas. De hecho considerando únicamente los requisitos que se mencionan en el artículo 26 LCD, no se aprecia que entre ellos se incluya, expresamente, la inducción a error a los consumidores, ya que las características concretas de la publicidad encubierta reproducidas en este precepto, establecen su propia autonomía como una modalidad

³³ MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 2006, págs.38-48.

TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la Ley de Competencia Desleal”, *LA LEY*, Madrid, 2010, págs. 51-58.

publicitaria, y que en todo caso la consideración de esta publicidad como desleal no se establecería como la hipótesis específica de publicidad engañosa.³⁴

Como ya sabemos para llegar hasta este nuevo articulado de la LCD, ha sido necesario la trasposición de la Directiva 2005/29/CE, pero en este actuar el legislador nacional no ha adoptado la disposición comunitaria en los concretos términos estipulados en ella, o dicho de otra forma, no se ha seguido estrictamente lo previsto por esta Directiva. Esta afirmación se debe a que el texto comunitario contiene un Anexo en el que se fija una lista de prácticas comerciales desleales que se establecen a modo de ejemplo, pero al legislador español no le parecía oportuna esta disposición y ha realizado esto por una vía diferente, ya que esta lista ejemplificadora la convierte en una serie de supuestos específicos de prácticas comerciales desleales (artículo 19.2 LCD). Aunque no es menos cierto afirmar que esta conversión del ejemplo en categoría se realiza a través de una reproducción fiel de los términos de la mencionada Directiva, apartándose de ellos en un número muy bajo de disposiciones o de una manera insignificante. Pues bien, una de las veces que el legislador nacional no hace esto, es en el concreto artículo 26 LCD, ya que en la reproducción literal de éste se utiliza un verbo distinto al empleado en el Anexo. El texto europeo utiliza la expresión “Recurrir a un contenido editorial” mientras que en la trasposición al ordenamiento español se prefiere utilizar la expresión “Incluir como información”. Este cambio de verbo en el actuar legislativo, aunque en términos generales parezca no tener una gran trascendencia, puede dar lugar a la siguiente interpretación: Es innegable que en el Anexo se centra la atención en el empresario fabricante o comercializador del producto anuncio, mientras que en el artículo 26 LCD, el legislador podría hacer hincapié en el medio de difusión o comunicación, como empresario que no actúa como tal, ya que su información sobre dicho producto no es del todo neutral, al estar coligada o mediatizada por la remuneración recibida. Este criterio interpretativo sin dejar de ser curioso, queda en poco o nada, ya que en virtud del artículo 34 LCD relativo a la legitimación pasiva en las acciones derivadas de la competencias desleal (artículo 32 LCD), establece que puede ser demandada cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta o haya cooperado en la realización de la misma. De este actuar se desprende la intención clara del legislador de atribuir legitimación pasiva a cualquiera que ostente una

³⁴ Aunque si podría considerarse desleal por infracción de normas jurídicas, aspecto que abordaremos posteriormente en la página 26, en el punto 3.5.

participación real, efectiva ya sea directa o indirecta en la comisión de la práctica ilícita. Por tanto el cambio de verbo en la legislación española no acarrea trascendencia alguna, ya que viene remediado con una actuación legislativa posterior redactada en el artículo 34 de la Ley de Competencia Desleal. Además el propósito de que se advierta el interés propio del anunciante en el mensaje no es el único de la denominada publicidad redaccional, supuesto específico del artículo 26 LCD, ya que también pretende que dicho mensaje se atribuya al medio de comunicación o difusión que lo emite durante su actividad profesional informativa “neutral”, configurando una doble vertiente necesaria para calificar como encubierta estas prácticas.

En este supuesto específico de publicidad redaccional se ve reflejado el concepto de publicidad encubierta, siendo aquella modalidad en la que el mensaje publicitario no es identificable como tal por el público al que va destinado, es decir su carácter esencial consiste en que los destinatarios no reconocen como tal el mensaje publicitario que se presenta ante ellos, atendiendo esta concepción a la finalidad de la publicidad encubierta³⁵, en su más absoluto sentido estricto. Esta publicidad redaccional (y por tanto encubierta), debe ser entendida como aquella que busca inducir a error a los destinatarios, enmascarándose bajo un contenido informativo. Aunque en general, además de la redaccional, también puede hacerse pasar por contenido de otra índole distinta a la informativa, pero siempre bajo contenidos que originen en el destinatario una mayor confianza que en su verdadera naturaleza, y que por tanto se refleje en los consumidores de esos contenidos una mayor apertura o predisposición a adquirir los bienes, servicios o productos objeto de la publicidad.

No es de extrañar que en atención a esta finalidad se considere la publicidad encubierta como engañosa, de hecho esto ha ocurrido por un amplio sector doctrinal. Sin embargo, la falta de reconocimiento que induce o puede inducir a error a los destinatarios por darle un valor diferente, no basta para afirmar que nos encontramos con una práctica encubierta, que por tanto sería engañosa y desleal, ya que la publicidad, además de buscar lo anteriormente señalado, persigue una finalidad concreta, producir la falsa impresión de que se trata de una manifestación de tercero imparcial o ajeno, a la que el público y destinatarios otorgarán mayor credibilidad que a las alegaciones, obviamente

³⁵ Ya que por no ser objeto de este trabajo, se deben dejar al margen otras posibles finalidades que con carácter generales tiene los sujetos o publicitarios intervinientes en estas prácticas, como podrían ser la comparación sin ajustarse a la normativa, no cumplimiento de tiempo fijados para emisiones publicitarias, anunciar productos cuya difusión televisiva se regula con carácter prohibitivo, etc.

elogiosas del que actúa como auténtico anunciante. Respecto a este carácter de la publicidad encubierta autores como LEMA DEVESA afirman: *“La publicidad encubierta, bajo el ropaje de una información, o de un programa de entretenimiento, o de un concurso, produce la falsa impresión de que se trata de una manifestación de un tercero imparcial o de un acontecimiento ajeno a la que el público otorga mayor credibilidad que a las alegaciones elogiosas de un anunciante”*³⁶. No alejándose de esta visión anterior, al estudiar la disciplina jurídica publicitaria PINO ABAD entiende que: *“Se pretende hacer creer a los destinatarios de esta publicidad que están ante un mensaje informativo de carácter objetivo, no viciado por el deseo persuasivo y subjetivo que impregna a todo mensaje publicitario, tratándose, de esta forma, con todo ello, que el destinatario de esa publicidad otorgue a ese mensaje la misma credibilidad que otorga a un mensaje informativo (pues cree que está ante un mensaje de ese tipo), que, sin duda, suele ser superior a la credibilidad que, normalmente, se otorga al mensaje publicitario”*³⁷

Por ello todo este mensaje publicitario debe someterse a una exigencia imprescindible, el cumplimiento de su identificación y no el respeto a la verdad, ya que como afirma DE LA CUESTA RUTE: *“Todo mensaje de publicidad debe identificarse como tal y el mensaje así identificado debe respetar la verdad. La publicidad no debe ser encubierta y la publicidad -no encubierta, por supuesto- no ha de ser engañosa”*³⁸.

De la anterior interpretación, donde la ocultación del carácter publicitario del mensaje produce per se la errónea impresión en los consumidores o destinatarios que creen encontrarse ante un mensaje de naturaleza diferentes, y que por tanto este contenido no constituye un supuesto de publicidad engañosa, la doctrina va a entender que la publicidad encubierta si debe encuadrarse bajo el concepto de publicidad engañosa, ya que el aspecto trascendente no va a recaer sobre la ocultación de la naturaleza del mensaje, sino en la inducción a error que proviene de la publicidad con relación a su origen, valor y clase de las alegaciones publicitarias. Este interpretar es que ha conseguido un mayor calado en Europa, hasta el punto de que el legislador comunitario considera la publicidad encubierta como publicidad engañosa.

³⁶ LEMA DEVESA, C., *La publicidad desleal: modalidades y problemas*, RGD, núms. 562-563, 1991, págs. 6139-6140.

³⁷ PINO ABAD, M., *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1991, págs. 81-82.

³⁸ DE LA CUESTA RUTE, J. M^a., *Curso de Derecho de la Publicidad*, Eunsal, Pamplona 2002, pág. 166.

La LCD, en su afán de seguir de un modo fiel al legislador comunitario, subsume la publicidad encubierta en las prácticas comerciales engañosas. De hecho permite que estas prácticas publicitarias sean sometidas a una doble tipificación, que proviene del articulado de esta ley, y en concreto del ya señalado artículo 19. Por ello, en primer lugar la publicidad encubierta puede ser calificada como un acto de engaño. Esto queda establecido en el artículo 5.1 LCD, en virtud del cual: *“Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre determinados aspectos”*. De la lectura de este precepto se observa que el legislador alude a la presentación de la información como una de las circunstancias que puede desencadenar el engaño. O dicho de otro modo, para que esta prácticas se consideren leales, la información no debe inducir o poder inducir a error en cuanto al contenido³⁹ y la presentación⁴⁰. Por tanto, el elemento antijurídico de la conducta engañosa, y que por ende la catalogaría como desleal, aborda al mensaje publicitario desde una doble perspectiva, esto es, desde su acepción material (contenido) y, desde la formal (presentación o expresión). Para entender con más claridad lo anteriormente explicado lo analizaremos a la luz de un breve ejemplo: “La marca Pascual presenta ante sus consumidores un nuevo refresco mediante un mensaje publicitario donde afirma que dicha bebida tiene un inigualable sabor a naranja, como las recién recogidas de naranjos valencianos, poseyendo un gusto a naranja recién exprimida” por tanto el destinatario o consumidor medio ante el que se presenta este mensaje cree que realmente esta bebida está hecha a base de zumo de naranja, cuando únicamente es una bebida refrescante con aromas, en ningún caso a base de zumo natural de naranja. En este caso estaríamos ante un supuesto de conducta engañosa, en base a su contenido. Aunque obviamente también puede ocurrir que siendo el contenido veraz, no engañoso, su presentación nos produzca engaño. Para seguir con el mismo ejemplo: “sería aquella bebida que posee solamente aromas a naranja, creados artificialmente, y se presenta bajo la expresión con toque a naranja acompañado de una foto con una paisaje con cientos de naranjos, y en primer plano una rodajas de una naranja natural”. Ahora estas conductas publicitarias engañan a los destinatarios por la presentación o expresión de la

³⁹ Es decir, se busca la exactitud en las características y aspectos esenciales del producto, bien o servicio anunciado.

⁴⁰ Haciendo alusión a la forma en que se estructura, se articula o confecciona la información publicitaria que se dirige a los potenciales consumidores.

información que desarrollan, pero son reconocidas por los destinatarios. O dicho de otra forma, estas actuaciones publicitarias aun siendo engañosas, no ocultan su auténtica naturaleza publicitaria. Es decir, la existencia de error en la presentación de la concreta información, no supone la aparición de la publicidad encubierta, ya que esta modalidad aparece cuando los destinatarios no aprecian el carácter publicitario del contenido que se presenta ante ellos. Todo ello nos debe llevar a afirmar que la publicidad encubierta no tendría que tener cabida en la fórmula de la conducta engañosa en cuanto a la presentación de la correspondiente información. Aunque la forma de esa información induzca o pueda inducir a error a los destinatarios (el ejemplo mencionado), otra cosa muy distinta es que la presentación de la conducta oculte la verdadera naturaleza de la misma (aspecto que en el ejemplo mencionado no se da).

Lo correcto, es señalar que la publicidad encubierta viene dada por la presentación, entendida esta como difusión, es decir, por la inserción o introducción de un mensaje publicitario dentro de un mensaje de naturaleza no publicitaria. Por ello dicha introducción⁴¹ sí constituye un supuesto de publicidad encubierta por no permitir su identificación, pero no daría lugar a un supuesto de publicidad engañosa, ya que el error recae en la configuración externa, y no en el contenido del mensaje o en la expresión de ese mensaje.

El analizar estas conductas como engañosas se debe principalmente a que un amplio sector doctrinal, no entiende el concepto “presentación” desde dos puntos de vista, siendo lo más lógico y eficaz abarcar este término desde sus dos acepciones: En primer lugar presentación como difusión o inserción y además, como forma o expresión. Al quedarse este sector⁴² solamente con la segunda acepción aquí señalada, la publicidad encubierta es en sí misma engañosa, ya que esta se estaría ante una modalidad que por su forma de presentación, puede inducir a error sobre la naturaleza del mensaje. Por el contrario, autores como MORALES NAVARRO⁴³, encuadrado éste dentro de los que están a favor de la consideración autónoma de la publicidad encubierta, afirma que : *“El concepto de publicidad engañosa comporta -de inmediato- la existencia de un mensaje publicitario, como tal presentado, captado y reconocido por el público destinatario.*

⁴¹ O inserción como sería el caso de la ya analizada publicidad redaccional.

⁴² Siendo estos los que abogan por la calificación de engañosa de la publicidad encubierta. Por ejemplo: TATO PLAZA, A./ FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P./ HERRERA PETRUS, C., La reforma de la Ley de Competencia Desleal , op. cit., pág. 131

⁴³ MORALES NAVARRO, C., *La regulación normativa de la emisión de publicidad por televisión española*, Universidad Complutense, Madrid, 1992, págs. 153, 487.

Por el contrario, la nota que caracteriza a la publicidad encubierta es la inadvertencia del carácter publicitario del mensaje por parte del destinatario”

Obviamente es innegable (aun estando en los distintos sectores doctrinales sobre este asunto aquí señalados) que la publicidad encubierta sin duda supone un engaño. Pero esta afirmación necesita ser completada, ya que este engaño es diferente del que configura la publicidad engañosa, que debe entenderse limitada a los supuestos en que el mensaje, confesadamente y reconociblemente, publicitario expresa algo que no se corresponde con la realidad.

En segundo lugar la LCD, permite catalogar la publicidad encubierta como un supuesto de omisión engañosa, en virtud del artículo 7.1 LCD que establece que: *“La omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto”*. Del estudio de este precepto al completo se deduce que la preocupación del legislador viene referida a la omisión de información necesaria para que el destinatario tome o pueda tomar una decisión económica con el debido conocimiento de causa, y se abstiene de hacer referencia a la idea de error esencial en el artículo 5 LCD ya analizado. La estructuración de esta disposición, permite considerar que el objetivo del legislador es establecer una configuración más extensa, más amplia en lo relativo a los actos de engaño, cuando estos se realicen a través de determinados medios de comunicación, viéndose completada con la situación de imposibilidad que surge en el consumidor o destinatario de poder llevar a cabo una decisión económica con el debido conocimiento de causa. De hecho para autores como VIERA GONZÁLEZ⁴⁴: *“Esta omisión engañosa se ha configurado por referencia a las omisiones de información en prácticas comerciales realizadas a través de medios de comunicación a distancia”*, donde el peligro en el que incurre el consumidor o destinatario a la hora de tomar decisiones con connotación económica es mayor.

⁴⁴ VIERA GONZÁLEZ, A. J., “La tipificación de los ilícitos concurrenciales en la reforma del Derecho español de competencia desleal”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, págs. 62-63.

En este sentido, al referirse el artículo 7.1 LCD a la hipótesis en la que el empresario o comerciante no da a conocer el propósito comercial de la práctica en caso de que no resulte evidente por el contexto, parece que la LCD está haciendo referencia de forma implícita, a la publicidad encubierta. Aunque no es menos cierto que esta hipótesis planteada no encaja bien en la delimitación de las prácticas comerciales engañosas por omisión, ya que como se desprende del precepto, no hace otra cosa que referirse a la concreta adopción de decisiones económicas con pleno conocimiento de causa y en ningún caso aludiéndose al hecho de evitar el riesgo de que los destinatarios se formen una falsa representación de la realidad de las cosas.

Por tanto se observa que el carácter desleal de las prácticas comerciales engañosas omisivas no se funda en el riesgo o peligro de que los destinatarios o consumidores opten por una decisión a partir de una creencia equivocada de la realidad propiciada por la empresa o comerciante. Siendo lo importante la directa posibilidad de que esta decisión se tome a partir de la información sustancial limitada transmitida, aunque no haya inducido o podido inducir a error sobre el extremo omitido⁴⁵.

Por todo ello, la publicidad encubierta,⁴⁶ no constituye tanto una omisión engañosa, cuanto directamente un engaño por acción, como práctica en que la inducción a error resulta de forma directa de lo que se oculta, es decir el carácter o naturaleza publicitaria. Es cierto que, el artículo 7 LCD impone a las empresas y comerciantes el deber de que en sus prácticas comerciales procuren la información necesaria para que los consumidores estén en condiciones de adoptar decisiones de mercado racionales, y no, en cambio, el deber de poner en el mercado una información tan completa como fuere preciso para evitar el riesgo de que los consumidores se formen una falsa representación de la realidad. El dar a conocer el propósito comercial de una práctica integraría este último deber. No obstante, los supuestos de publicidad engañosa por acción, recayendo este engaño sobre el contenido sobre la presentación, muestran conductas publicitarias que como tales son reconocidas por los consumidores, por lo que la publicidad encubierta es ajena a la inducción a error sobre extremos relevantes para la definición de las decisiones de mercado de los destinatarios.

⁴⁵ MASSAGUER, J., *El nuevo Derecho contra la Competencia Desleal*, op. Cit, págs. 123-124

⁴⁶ Entendida como publicidad difundida a través de un medio de comunicación social que, a causa de su forma de difusión, sus destinatarios no perciben como tal publicidad, esto es, como una comunicación dirigida a promover la contratación, sino como información proporcionada por el medio de comunicación o como contenido de otra naturaleza (entretenimiento, divulgación, etcétera) correspondiente al medio, al espacio, o al programa en el que se difunde

3.3- Ley General de Publicidad

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad⁴⁷, fija la regulación a la que se encuentra sometida la publicidad en su artículo 1, ya que dispone: *La publicidad se regirá por esta Ley, por la Ley de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias.* Estableciendo en el artículo siguiente lo que se debe entender por publicidad, así como la determinación del ámbito subjetivo al que se dirige esta actividad: *Artículo 2: A los efectos de esta Ley, se entenderá por: Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. Destinatarios: Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o las que éste alcance.*

Tras esta breve introducción, relativa al ámbito de aplicación de esta norma, hemos de centrarnos en el estudio de la publicidad encubierta desde la perspectiva de la LGP. El precepto que sin duda posee mayor relevancia para analizar este asunto, es el artículo 9 donde se recoge uno de los principios que deben regir toda actividad publicitaria, este es el denominado principio de autenticidad. Se establece por medio de esta disposición: *Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios*⁴⁸. Se pretende con la fijación de este principio rector de la actividad publicitaria la protección del derecho que tienen los destinatarios a que se identifiquen los mensajes publicitarios como tales mensajes, imponiendo la obligación de identificar los mensajes publicitarios tanto a los medios de difusión que son utilizados como vehículos de publicidad como a los anunciantes. De tal modo se considera salvaguardado este derecho cuando cualquiera de los dos sujetos intervinientes, con su actuación, identifican la verdadera naturaleza publicitaria de estos mensajes.

⁴⁷ Vigente desde el 5 de Diciembre de 1988, estando vigente desde el 29 de Marzo de 2014 la última revisión.

⁴⁸ Artículo 9 renumerado por el apartado dos del artículo segundo de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Anterior artículo 11. Vigencia desde 1 de enero de 2010.

Lo anteriormente expuesto nos permite afirmar que la LGP, entiende la figura de la publicidad encubierta como una modalidad publicitaria autónoma, ya que esta atentaría contra el derecho reconocido en el artículo noveno. Es decir, la publicidad encubierta está regulada de manera independiente en el mencionado precepto, y en ningún caso debe entenderse como un subtipo de otra modalidad publicitaria, ya que la LGP la dota con una autonomía oportuna de una figura que no necesita ser englobada por ninguna otra⁴⁹. Siempre que se hace referencia al principio de autenticidad, se debe hacer alusión al principio de veracidad. Ciertamente que éstos protegen, desde aspectos distintos, un buen funcionamiento de la actividad publicitaria, pero tampoco cabe afirmar que ambos son complementarios. Esto se ha entendido así en los últimos años, por distintos autores, como ACOSTA ESTÉVEZ, J. B.⁵⁰ que entiende que: *“La publicidad encubierta no es un supuesto de publicidad engañosa por no estar presente el principio de veracidad, en tanto que criterio delimitador en la misma”*, así como TOBÍO RIVAS, A. M.⁵¹: *“la publicidad encubierta será ilícita porque conculca el principio de autenticidad, en tanto que la publicidad engañosa será ilícita por vulnerar el principio de veracidad. Según esto, la publicidad encubierta debería ser considerada como una modalidad autónoma de publicidad ilícita, distinta de la publicidad engañosa en sentido estricto”*.

Por ello en virtud del principio de autenticidad, la publicidad encubierta se define como aquella modalidad publicitaria que, por la presentación como difusión⁵² no permite saber a los destinatarios que están ante un mensaje publicitario. Esta definición nos permite sacar tres notas características de la figura de la publicidad encubierta, ya que en primer lugar la publicidad encubierta no permite reconocer la auténtica naturaleza publicitaria del mensaje, y por tanto no se aprecia el mensaje publicitario como tal. Además prosigue con la ocultación de su auténtica naturaleza a los destinatarios mediante la presentación como difusión o inserción del mensaje con carácter publicitario. Y quizás la nota más reveladora de esta definición es la finalidad que persigue la publicidad encubierta, ya que su pretensión es inducir o poder inducir a error

⁴⁹ Al contrario con lo que sucedía con la publicidad denigratoria que se encontraba encuadrada en la publicidad desleal, en virtud del derogado artículo 6.a) LGP.

⁵⁰ ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., “Tratamiento jurídico de la publicidad ilícita en el nuevo Derecho de la Publicidad”, RDM, núm. 193-194, 1989, pág. 808.

⁵¹ TOBÍO RIVAS, A. M., “La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria” RDM, núm. 237, 2000, pág. 1161-1162

⁵² Entendido este término en los términos anteriormente expuesto en el punto 3.2, es decir el mensaje publicitario entrelazado con otro tipo de mensaje.

a los destinatarios, a través de la búsqueda de una mayor confianza en ellos, por la apariencia de objetividad que se proporciona, ya que encuentra menos reticencia en los consumidores hacia el contenido allí expuesto al enmascararse en otro medio de difusión distinto al publicitario. Como ya hemos señalado a lo largo de este trabajo la vinculación entre la normativa publicitaria y la nueva LCD, hace que haya que analizar esta figura a la luz de diversas disposiciones normativas, sobre todo en lo relativo a la producción de infracciones publicitarias⁵³.

3.4- Normativa de comunicación audiovisual.

Este epígrafe estudia la concreta modalidad encubierta que se da en los medios de comunicación audiovisuales, en concreto la denominada comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta. Para ello hay que remitirse a la Ley 7/2010, de 31 de Marzo, General de la Comunicación Audiovisual. La definición de esta concreta modalidad de publicidad encubierta, se define en el artículo 2.32 como: *La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio.*

El análisis de este concepto, permite conocer los caracteres esenciales de esta figura:

- La presentación del mensaje publicitario, necesariamente, debe establecerse dentro de los programas, para así constatar la aparición de la practica encubierta. Esta primera condición reduce significativamente el concepto de comunicación comercial televisiva encubierta, al hacer referencia al concreto supuesto de comunicación no separada y no desvelada.
- Dicha presentación debe tener un propósito publicitario, viniendo marcada esta por intención del prestador del servicio de comunicación audiovisual, condición sin la cual no existe el carácter encubierto. La LGCA, establece una presunción a favor de esta apreciación (la intención publicitaria del prestador) cuando se hace a cambio

⁵³ Aspecto que será objeto de estudio en el punto 3.5 de este trabajo, en las página 26 y siguientes donde se apreciará esta estrecha relación normativa.

de una contraprestación. La existencia de esta contraprestación alude a la inequívoca existencia de un mensaje publicitario, pero no al concreto hecho de que dicho mensaje publicitario sea encubierto.

- Por ello, la última condición para apreciar este carácter encubierto, recae en la susceptibilidad de inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la inserción. Es decir, si en televisión un mensaje publicitario no es reconocido como tal mensaje, éste constituiría una comunicación comercial televisiva encubierta.

Por todo ello, la diferencia de esta concreta modalidad con las otras modalidades publicitarias viene establecida por la falta o inexistencia de reconocimiento del carácter publicitario del mensaje por los consumidores o destinatarios. Este aspecto ha de encaminarse o entenderse desde la perspectiva marcada por el legislador europeo a la hora de proteger el derecho que tienen los destinatarios a que se identifiquen los mensajes publicitarios como tales mensajes. De hecho para lograr el eficaz cumplimiento de esto, el artículo 18 de la LGCA (En lo relativo a las comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas), en concreto en su apartado segundo establece la prohibición de la comunicación comercial encubierta: *Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales.*

Esta concreta modalidad de publicidad encubierta, necesitaba una protección autónoma o independiente debido a la innegable y trascendente importancia que posee la actividad publicitaria en el mundo audiovisual, y más en concreto en su aspecto televisivo, tanto por el importante aspecto económico que conlleva esta actividad, como por la necesaria protección de sus potenciales destinatarios, por ser estos prácticamente la totalidad de la población de una sociedad, por el fácil acceso que en la actualidad existe.

3.5- Publicidad encubierta como acto de competencia desleal por infracción de normas.

El articulado de la LCD, establece la violación de normas como acto de competencia desleal, en concreto en su artículo 15.2 dispone: *Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.*

Pues bien, la existencia de la publicidad encubierta esta coligada a la falta de identificación de la finalidad comercial o publicitaria de esa práctica. Por tanto, si no se

revela su carácter publicitario, se estima que se trata de una práctica comercial encubierta, y con ello, ilícita⁵⁴, al vulnerarse el principio de autenticidad establecido en la LGP, que constituye un ilícito publicitario. Esto se desprende de la normativa publicitaria, pero además se permite que estas prácticas o conductas encubiertas puedan ser calificadas como, un ilícito concurrencial, por ser este más ventajoso, mas eficaz, para algunos operadores jurídico-económicos, ya que en este caso el objeto lesionado es el buen funcionamiento del mercado de la publicidad. Es decir, la publicidad encubierta podrá reputarse como un supuesto desleal por violación de normas que tiene por objeto la actividad concurrencial en virtud del ya señalado artículo 15.2 LCD.

De la literalidad del mencionado precepto, se observa que no alude específicamente⁵⁵ a norma alguna, por ello habrá que determinar las normas que se ven infringidas cuando aparece una conducta o práctica publicitaria encubierta. Entre las normas cuya infracción entraña un comportamiento constitutivo de ser considerado acto de competencia desleal se encuentra la Ley General de Publicidad, así como la Ley General de la Comunicación Audiovisual, ya que esta segunda, tanto al definir la comunicación comercial audiovisual encubierta como al establecer los requisitos de licitud para la realización del emplazamiento de producto, está protegiendo el principio de autenticidad publicitaria, que salvaguarda el derecho que tienen los telespectadores a saber qué lo que están percibiendo son mensajes publicitarios, y así reconocerlos como tales. Esta calificación de deslealtad opera de forma incondicionada, ya que la infracción de las normas anteriormente citadas reporta de manera evidente e inmediata una ventaja competitiva significativa los anunciantes, añadiendo el subsiguiente aprovechamiento de esa ventaja por proyectarse de manera automática sobre los competidores, generando en éstos una afectación negativa para sus actuaciones concurrenciales. Por ello la comunicación comercial que infrinja las exigencias previstas en la normativa señalada debe reputarse como acto de competencia desleal por aplicación del artículo 15.2 LCD.

⁵⁴ Remisión epígrafe 3.3 relativo a la publicidad encubierta, y el principio de autenticidad en la LGP, página 23.

⁵⁵ Engloba las posibles infracciones que recaigan sobre todas aquellas normas que tengan por objeto la actividad concurrencial.

Se debe señalar que la doble calificación de ilícito publicitario⁵⁶ y de ilícito concurrencial, no genera problema alguna en lo relativo a la aplicación de su protección o defensa jurisdiccional⁵⁷, ya que la lesión del ordenamiento publicitario se concibe como infracción del sano orden concurrencial, debido a la estrecha vinculación de estas disposiciones, estableciendo un único régimen de acciones legales para promover la tutela judicial frente a la competencia desleal, incluyendo el ilícito publicitario como parte de ésta. Por ello el siguiente aspecto a tratar es la concreta protección llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales frente a conductas o prácticas publicitarias encubiertas, así como su régimen sancionador.

3.6- Protección jurisdiccional y régimen sancionador de las prácticas encubiertas.

Como ya hemos visto el ilícito publicitario y el concurrencial o desleal, se ven sometidos a un mismo régimen de protección establecido en la LCD. Esto se debe a la entrada en vigor de la Ley 29/2009, que permitió la introducción de mecanismos de coordinación entre las normas publicitarias y las de competencia desleal, estableciendo para el actual panorama legal, la unificación de acciones y remedios contra las prácticas comerciales (en nuestro caso el interés recae, obviamente, sobre actuaciones encubiertas) que perjudican los intereses económicos de los consumidores u otros operadores que pudieran verse perjudicados⁵⁸. Esta unificación se estructura de esta manera debido a que hasta la entrada en vigor de la mencionada Ley 29/2009, surgía la duda, respecto a los actos de competencia desleal a través de medios publicitarios, de cuál de las normativas era de aplicación⁵⁹, generando un concurso de normas que no admitía fácil respuesta y que ciertamente revestía importancia, al existir notables

⁵⁶ Respecto a la infracción de la LGP, resulta de interés indicar que el principio de autenticidad se encuentra regulado en el Título III, bajo el epígrafe “De la contratación publicitaria”. La ubicación del artículo 9 en dicho Título III y no en el Título II supone entender que el incumplimiento de la obligación no conlleva la aplicación del Título IV “De la acción de cesación y rectificación y de los procedimientos”. No obstante, teniendo en cuenta que la obligación de deslindar para los medios de difusión y de desvelar para los anunciantes supone salvaguardar el derecho que tienen los destinatarios a que se identifique la publicidad como tal, el principio de autenticidad es aplicable a toda la publicidad comercial (art. 2 LGP). La obligación impuesta de identificar la publicidad como tal debe significar que su no observación conlleve aparejada la posibilidad de solicitar su cesación o rectificación. La prohibición de la publicidad encubierta se encuentra indebidamente ubicada en el Título III, siendo el Título II donde tendría que estar establecida.

⁵⁷ AYALA MUÑOZ, J. M^a., “Aspectos jurídico procesales del nuevo derecho de la competencia desleal”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, pág. 124.

⁵⁸ Únicamente se mantiene la regulación específica de la publicidad ilícita en la LGP, donde se recogen un número limitado de supuestos solamente, y así se evitan duplicidades con la LCD.

⁵⁹ El hecho de que la LCD no derogase los artículos de la LGP dedicados a la publicidad desleal hacia surgir la duda de si se encontraban en vigor, en virtud del principio de *lex specialis derogat generali*, o si tácitamente habían sido derogados por la LCD, en virtud del principio *lex posterior derogat priori*.

diferencias entre una y otra regulación. Por tanto, esta problemática ha quedado resuelta en favor del régimen represivo fijado en el Capítulo IV de la LCD⁶⁰ establecido con carácter general para las conductas de competencia desleal.

En concreto su artículo 32 fija las acciones previstas contra actos de competencia desleal, y por tanto contra prácticas publicitarias o conductas comerciales encubiertas en que atenten bien contra lo dispuesto en el artículo 26 de la LDC o bien o por la infracción de normas concurrenciales (publicitarias) previstas en el artículo 15.2 LCD. De hecho en el apartado primero de este artículo se añade expresamente la expresión “*incluida la publicidad ilícita*”, para reseñar aun con mayor énfasis la unificación del régimen de protección aplicable. este precepto trigésimo segundo establece las siguientes acciones posibles: *Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:*

1.ª Acción declarativa de deslealtad.

2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5.ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

6.ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico⁶¹.

Algunas notas caracterizadoras de estas acciones son las siguientes: En relación a la declarativa de deslealtad, por el hecho de ser una mera declaración suele ir acompañada y por tanto acumularse a alguna de las que se enumeran en los apartados siguientes.

⁶⁰ BROSETA PONT, M. MARTÍNEZ SANZ, F; “Manual de derecho Mercantil” , 20ª edición, I volumen, 2013, Madrid. págs 199, 212 y ss.

⁶¹ El artículo 32.2 fija para las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.ª a 4.ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora

Respecto a la cesación cabe destacar que esta ocupa un lugar preeminente dentro de las distintas acciones para reprimir el acto desleal, ya que para solicitar al juez la cesación no es necesario que se haya cometido, basta con la existencia del riesgo potencial de que se vaya a producir. Además de la naturaleza del *petitum*, se entiende que cobren una excepcional y extraordinaria importancia las medidas cautelares que pueden consistir en solicitar la cesación provisional de las prácticas publicitarias encubiertas presuntamente desleales. La acción de remoción de los efectos, es tendente a eliminar los efectos nocivos producidos, en nuestro caso por la conducta comercial encubierta considerada desleal, está dirigida a eliminar los actos con lo que se ha exteriorizado o producido la competencia desleal. Como su propia terminología indica la acción de rectificación está prevista para obtener la rectificación de las informaciones desleales. Quizá la acción de indemnización de daños y perjuicios sea utilizada con mayor frecuencia por los destinatarios, consumidores u otros competidores que se ven perjudicados por la publicidad o práctica encubierta cuando en la realización de ésta conducta desleal hubiese intervenido dolo o culpa por parte del agente infractor. Además se faculta a la posible publicación de la sentencia como estricta forma de resarcimiento. Por último la de enriquecimiento injusto que solo procede cuando el acto desleal perjudica o lesiona la posición jurídica de la víctima amparada en un derecho de exclusiva, en lo relativo a la publicidad encubierta esta última apenas tiene uso porque por la naturaleza de esta figura, es bastante difícil la lesión de un concreto derecho de exclusiva.

De las demandas sobre competencia desleal, en nuestro caso las relativas a posibles supuestos de prácticas encubiertas, que se ejerciten por medio de las acciones contenidas en este precepto serán competentes los jueces de lo Mercantil en virtud del artículo 86 ter LOPJ⁶².

Los artículos 33 y 34 LCD, establecen la legitimación activa y pasiva respectivamente, debido a su extensión no procedemos a su reproducción pero si hemos de sacar algunos notas sobre ellos. Bien, por lo que se refiere a la legitimación activa, se concede básicamente a cualquier participe en el mercado (ya sea persona física o jurídica) cuyos intereses económicos son directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal y además frente a la publicidad ilícita está legitimada cualquier persona, física o jurídica afectada por ésta publicidad, y quien en general tenga un interés legítimo o

⁶² Introducida esta competencia por la LO 8/2003.

derecho subjetivo. También esta legitimadas las asociaciones profesionales o de consumidores representativas cuando los intereses de ellas se ven afectados. Asimismo ostentan legitimación para ejercer las acciones numeradas en los cuatro primeros números del artículo 32 LCD en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios: el hoy extinto Instituto Nacional de Consumo, por tanto la referencia ha de entenderse hecha a la Agencia Española De Consumo y Seguridad Alimentaria, así como los órganos autonómicos o locales correspondientes en materia de defensa de los consumidores y usuarios; además las asociaciones de consumidores que reúnan los requisitos fijados en el TRLGDCU⁶³ o en la legislación autonómica correspondiente. También estarán legitimadas activamente las entidades de defensa de los intereses de los consumidores de los Estados Miembros de la Unión Europea habilitadas mediante su inclusión a tal fin en el DOCE. Y por último aparece legitimado el Ministerio Fiscal con relación a la acción de cesación.

Esta legitimación establecida en el 33.3 LCD con relación a las acciones descritas en los primeros cuatro números del artículo 32 LCD resulta totalmente trascendente en la problemática generada por las prácticas publicitarias encubiertas, ya que debido a su amplia difusión afecta generalmente a un número elevado e indeterminado de destinatarios, potenciales consumidores de esos productos, bienes o servicios, viendo éstos protegidos sus derechos o intereses en mayor medida con la legitimación de estas asociaciones o entidades con fines comunes a la defensa de los consumidores. Además la aparición de estas asociaciones en los procesos judiciales contra actos de competencia desleal por prácticas publicitarias o comerciales encubiertas suele tener una mayor trascendencia desde el punto de vista social, aspecto de notoria relevancia en el mundo de la actividad publicitaria.

En lo relativo a la legitimación pasiva establecida en el artículo 34 LCD, se debe señalar que las acciones podrán dirigirse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado para su realización⁶⁴. Además si la conducta se hubiera realizado por trabajadores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en el 32.1 hasta las del 32.4 incluidas,

⁶³ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

⁶⁴ Salvo en los casos de enriquecimiento injusto, que tanto en la legitimación activa como pasiva deben establecerse solo para el titular de la posición jurídica lesionada y para el beneficiario de ese enriquecimiento, respectivamente.

deberán dirigirse contra el principal. Con este precepto se establece un amplio ámbito subjetivo pasivo facilitándose el ejercicio de estas acciones ante un número elevado de personas u operadores que están presentes en las prácticas comerciales encubiertas, no limitándose al concreto anunciante que realiza esta conducta desleal. Así, se permite plantear estas acciones no solo contra el anunciante que encarga la actividad publicitaria encubierto, sino también contra el medio de difusión, programa, etc., que ha facilitado con su colaboración o cooperación la introducción o inserción de ese contenido o mensaje publicitario, en el de otro que no posee esa naturaleza. Simplemente mencionar los artículos 35 y 36 de este capítulo IV de la LCD, que aluden a la prescripción de estas acciones⁶⁵ y a las correspondientes diligencias preliminares en estos procesos, respectivamente.

Una vez llegado a este punto, es necesario aludir a algún caso concreto en el que los tribunales han considerado apreciar conductas desleales por encontrarnos frente a prácticas publicitarias encubiertas. De gran trascendencia es el caso suscitada en la Sentencia 387/2007 de 15 marzo dictada por la Sección 11 de la Audiencia Provincial de Madrid en relación a la existencia de un artículo dentro de una revista médica sobre aparato de depilación por láser, dónde se encubría el acto promocional de uno de los productos a examen bajo la apariencia de un supuesto estudio comparativo imparcial, acompañado de encuesta de fiabilidad del producto probablemente inexistente, y por tanto la apreciación de competencia desleal en esta conducta. Este pronunciamiento posterior al del Juzgado de 1ª Instancia N°43 de Madrid dónde se estimó parcialmente la demanda interpuesta por la presunta existencia de esta conducta desleal declaró que el artículo titulado "Pautas para adquirir un láser de depilación" firmado por el autor de dicho artículo incluido en las páginas núm. 8 a 10 de suscitada la revista del mes de diciembre de 2000 editada por la UNIÓN PROFESIONAL DE MÉDICOS Y CIRUJANOS ESTÉTICOS⁶⁶ constituye un acto de competencia desleal perjudicial para

⁶⁵ Artículo 35 LCD: *Las acciones de competencia desleal previstas en el artículo 32 prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta. La prescripción de las acciones en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, se rige por lo dispuesto en el artículo 56 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.*

⁶⁶ Condenó de modo solidario a C MAS C SERVICIOS MÉDICOS SL, a MEDICAL TRAIN SL, a UNIÓN PROFESIONAL DE MÉDICOS Y CIRUJANOS ESTÉTICOS y a D. Blas, autor del mencionado artículo, a rectificar la información emitida, a publicar esta resolución en la mencionada

la imagen de la demandante. La AP de Madrid confirmó en su integridad, referida resolución tras los recursos de apelación planteados por los demandados, basándose principalmente en los siguientes motivos: Dio por probado la existencia de ingresos provenientes de la concreta publicidad del aparato de depilación que se promocionaba inserto en el suscitado artículo de la revista, y por tanto observando que la existente contraprestación económica daba de modo inequívoco un carácter publicitario a la inserción de ese producto en el supuesto artículo informativo realizado a propósito de un estudio comparativo supuestamente imparcial. Además señala que el reportaje en cuestión, constituye un claro supuesto de competencia desleal, subsumible en los artículos 9 y 10, en relación con los artículos 18 y 19, todos ellos de la Ley 3/1991, de 10 de enero⁶⁷, de Competencia Desleal, ya que nos hallamos ante una publicación en la que, bajo la apariencia de un supuesto estudio comparativo, se realiza un acto promocional de uno de los productos sometidos a examen, como se prueba, de entrada, por dar un tratamiento dispar de los aparatos comparados.⁶⁸

Como ejemplo para citar una resolución, en el que el juzgador no aprecia estas conductas encubiertas podemos aludir a la Sentencia 448/2004 de 2 julio dictada por la Sección 13ª Audiencia Provincial de Madrid, en la cual se dicta a favor de la inexistencia de competencia desleal, en una revista publicada por la Unión Profesional de Médicos y Cirujanos Estéticos de España en la que se inserta un artículo relativo a un láser de depilación dirigido al personal médico, ya que en este caso solo existe la referencia al comercializado por la actora, aludiendo a su distinta tecnología, aspecto que conlleva inexistencia de finalidad de perjudicar o denigrar a la competidora y la no concurrencia de una práctica comercial encubierta siendo además información veraz y respetuosa con la libre competencia⁶⁹.

Hemos de poner fin al primer gran bloque de este trabajo destinado al análisis y estudio de la publicidad y prácticas comerciales encubiertas, y proseguir con una figura

revista y pagar a la entidad demandante la suma de 12000 euros, incrementada con el interés legal devengada desde la fecha de la interposición judicial.

⁶⁷ (RCL 1991, 71), la mención a estos artículos y su correspondiente enumeración corresponde a la LCD con anterioridad a la modificación producida en ella por la Ley 29/2009.

⁶⁸ Además en los fundamentos jurídicos de esta sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid se hace referencia a la trascendente STS de 22 de febrero de 2006 que establecía la primacía de la Ley de Competencia Desleal frente a la Ley General de Publicidad, debido a la situación en que se encontraban esas normas antes de la entrada en vigor de la Ley 29/2009 que aclaró esta situación como ya se ha explicado en el inicio del epígrafe 3.6 de este trabajo.

que está íntimamente ligada a la ya estudiada, esta es el product placement o emplazamiento de producto.

4.- Emplazamiento de producto. Concepto y régimen jurídico.

Si al inicio de este trabajo nos cuestionábamos qué era la publicidad encubierta, en este momento habrá que plantearse la misma pregunta respecto al emplazamiento de producto. Para ello hemos de remitirnos a la ya mencionada Directiva 2007/65/CE la cual define el product placement en su artículo 1 apartado m, estableciendo que: *a efectos de esta Directiva se entenderá por emplazamiento de producto: toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar.* El concreto régimen jurídico de esta figura se analizará en el punto 4.2 de este trabajo, ya que ahora, tras haber hecho una breve alusión al concepto, se ha de adentrar en el origen y la subsiguiente evolución histórica de esta técnica publicitaria denominada emplazamiento de producto.

4.1- Origen y evolución histórica de la figura.

El origen de la presentación de productos, servicios, marcas u otros signos distintivos dentro de películas cinematográficas, se remonta a los inicios de la historia del cine. El primer antecedente en el film “Dewards’s Scotch Whisky” así como en la película francesa “Sunlight” en 1898⁷⁰. Aunque lo cierto es que el nacimiento oficial del product placement^{71 72} debe fijarse en el año 1945⁷³, cuando Joan Crawford bebe delante de la cámara un Jack Daniel’s Bourbon en la película “Mildred Pierce”, ya que esta fue la primera aparición de una marca, en este caso de Whisky solicitada por el anunciante a cambio de una contraprestación. Esta técnica se basa en el gran atractivo que presenta el medio cinematográfico para la industria publicitaria, ya que ésta es totalmente

⁷⁰ Ya en ambas películas, la naturaleza publicitaria de los emplazamientos podría deducirse del propio título.

⁷¹ En EEUU, la técnica se conoce también por su acrónimo PPL o por la expresión branding placement. La adopción literal de la terminología anglosajona por la doctrina jurídica española resulta, como afirma TATO PLAZA: ser conveniente ya que al no ser el product placement una categoría jurídica, sino una nueva modalidad publicitaria, es aconsejable utilizar el mismo término con la que se conoce en el sector donde ha nacido.

⁷² TATO PLAZA, “Product placement y publicidad encubierta (Comentario a las resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de Abril y 4 de Junio de 2011 en el caso “Soberano)”, *ADI*, vol. XXII, 2001, pág 579.

⁷³ Esta fecha no es aceptada por la totalidad de la doctrina como el verdadero nacimiento del emplazamiento de producto ya que una parte de ésta, retrasa su origen hasta 1967, cuando en la película “El Graduado” Dustin Hoffman conducía un Alfa Romeo Spider.

trascendente para influir o modificar la opinión que tenemos respecto a determinadas cosas⁷⁴, así como de su aptitud para alterar los hábitos de consumos⁷⁵. Otras películas que han albergado en su contenido esta modalidad publicitaria, donde se aprecia la gran fuerza del cine como instrumento publicitario son “E.T”, “Blade Runner” o “Regreso al futuro” o “Big” a lo largo de la década de los 80. Ya en los años 90 esta técnica sigue su curso aún con más fuerza⁷⁶. Como hemos visto en esta breve referencia histórica, el product placement ha estado unido desde sus orígenes a la industria cinematográfica, ahora bien en la actualidad ha llegado a extenderse de forma generalizada a multitud de espacios difundidos a través de principalmente de la televisión⁷⁷ e incluso a través de medios diferentes como pueden ser el radiofónico, la inclusión en videojuegos, libros o canciones⁷⁸.

4.2- Concepto y régimen jurídico. Normativa comunitaria y nacional.

Como se señaló en el apartado 1º del punto 4 de este trabajo la definición de emplazamiento de producto se establece en el artículo 1 apartado m de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual 2007/65/CE⁷⁹. Por tanto el concepto de esta modalidad publicitaria viene marcada por el legislador comunitario. Además del mencionado artículo esta Directiva hace referencia al product placement en alguno de sus considerandos: en concreto en el Considerando 61, se reconoce el frecuente uso que se produce en la actualidad de esta modalidad en las obras cinematográficas y audiovisuales y que es necesario aprobar más normas en materia de emplazamiento de producto para garantizar la igualdad de condiciones y acrecentar la competitividad del sector europeo dedicado a esta materia. Estableciendo, además, las estrictas condiciones que conformen la definición contenida en el artículo 1.m, así como señalar que las referencias a los patrocinadores pueden aparecer en el programa, pero no formar parte

⁷⁴ Como se puede apreciar en películas como “Vacaciones en Roma”, que cambiaron la imagen triste y decadente que se tenía de la Ciudad eterna hasta esa fecha.

⁷⁵ Películas como “la ley del silencio” o “Rebelde sin causa” que sin duda alguna cambiaron las vestimentas de los jóvenes de esa época.

⁷⁶ En la película “Desafío Total” de 1990 se aprecian 55 referencias a 28 marcas de diferentes productos. Hay que añadir los notoriamente conocidos emplazamiento de modelos de vehículos en la saga de películas de James Bond, Ray-Ban en “Men in Black”, así como el siempre reconocible paquete de FedEx en “Naufrago”.

⁷⁷ Series, concursos, shows, programas de entretenimientos, etc.

⁷⁸ Terrenos en un inicio impensable de acoger esta modalidad publicitaria, pero que en la actualidad han suscitado un gran interés por parte de los operadores publicitarios.

⁷⁹ El propósito de esta Directiva es la armonización de la totalidad de los servicios prestados por los medios audiovisuales con independencia de la tecnología utilizada en sus transmisiones, así como redactar una normativa aplicable adecuado a los avances del sector audiovisual europeo.

del argumento. De vital trascendencia es el Considerando 61 donde se establece que: *Debe prohibirse, en principio, el emplazamiento de producto. No obstante, es conveniente que existan algunas excepciones para determinados tipos de programas, sobre la base de una lista positiva. Los Estados miembros deben tener la posibilidad de optar por no acogerse a dichas excepciones, parcialmente o en su totalidad, por ejemplo al autorizar el emplazamiento de producto únicamente en programas que no se hayan producido exclusivamente en dicho Estado miembro.* Con esto, se observa que el legislador europeo opta por una prohibición relativa de esta figura, permitiendo cuando cumpla unos concretos requisitos exigidos para un determinado tipo de programas. Por último el considerando 63 establece la prohibición del emplazamiento publicitarios cuando este influya en el contenido de los programas, viéndose afectada la responsabilidad e independencia editorial del prestador del servicio de comunicación⁸⁰⁸¹.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en los Considerandos mencionados, esta Directiva parte de un principio general de ilicitud del emplazamiento de producto recogido en el artículo 3 octies 1. Sin embargo esta prohibición se matiza en el apartado 2 del artículo 3 octies⁸² donde se considera lícito el product placement en obras cinematográficas, películas y series realizadas para servicios de comunicación audiovisual, programas deportivos y programas de entretenimiento, o en los casos en que no se produce ningún pago, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa⁸³. Ahora bien, los programas aquí mencionados deben observar los requisitos marcados por esta disposición⁸⁴ para contener emplazamientos de producto en ellos. Se trata de requisitos mínimos que habrán de observarse cumulativamente, siendo estos : a) *bajo ninguna circunstancia se podrá influir en su contenido y, en el caso de las radiodifusiones televisivas, en su horario de programación de manera que se vea*

⁸⁰ Este sería el concreto caso referido a la colocación de temas.

⁸¹ También alude el Considerando 55, (ya mencionado en el apartado 3.1 de esta trabajo por también hacer referencia a la publicidad encubierta) al emplazamiento publicitario en los siguientes términos: *procede permitir el emplazamiento de producto en determinadas circunstancias, a menos que un Estado miembro decida otra cosa, y abolir algunas restricciones cuantitativas. No obstante, se debe prohibir el emplazamiento de producto cuando se realiza de manera encubierta. El principio de separación no debe impedir el uso de las nuevas técnicas de publicidad.*

⁸² Este precepto señala que: *No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el emplazamiento de producto será admisible, a menos que un Estado miembro decida otra cosa.*

⁸³ Además se excluye la excepción a la prohibición de esta modalidad en los programas infantiles.

⁸⁴ También denominados requisitos de licitud.

*afectada la responsabilidad e independencia editorial del prestador del servicio de comunicación; b) no incitarán directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular mediante referencias de promoción concretas a dichos bienes o servicios; c) no darán una prominencia indebida a los productos de que se trate; d) los espectadores deberán ser claramente informados de la existencia emplazamiento de producto. Los programas que contengan emplazamiento de producto deberán estar debidamente identificados al principio y al final del programa, así como cuando el programa se reanude tras una pausa publicitaria, con el fin de evitar toda confusión al espectador*⁸⁵. De la reproducción de estos requisitos se observa, que el primero y el tercero son complementarios, en la medida en que una prominencia indebida de los productos constituiría un claro ejemplo de influencia en el contenido del programa⁸⁶. El segundo requisito no excluye per se la mención verbal al producto sino únicamente la mención que provoque el efecto señalado. Y el último de ellos exige informar claramente a los destinatarios de la existencia del product placement⁸⁷. Tras analizar el emplazamiento de producto desde la perspectiva comunitaria, en concreto desde la respuesta que otorga a esta figura la Directiva 2007/65/CE, hemos de analizar el régimen jurídico que rige en nuestro Derecho Nacional.

En este caso hay que remitirse a la LGCA la cual ha introducido por primera vez en la normativa española, una regulación explícita relativa a la técnica del product placement, que se considera expresamente distinta de la comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta, según reconoce expresamente el apartado 32 del artículo 2 de dicha norma. Su definición se establece en el apartado 31 del artículo 2, la cual se aparta en cierta medida, de la dada por la Directiva 2007/65/CE ya que elimina la alusión a la existencia de una remuneración o contraprestación, que si existía en la normativa comunitaria⁸⁸. La regulación aquí establecida en el artículo 17 de la LGCA, que aun viniendo a recoger las directrices fijadas por la Directiva 2007/65/CE, afronta el emplazamiento publicitaria desde una perspectiva distinta a la del legislador

⁸⁵ Excepcionalmente, los Estados miembros podrán optar por no exigir las prescripciones establecidas en la letra d) siempre que el programa de que se trate no haya sido ni producido ni encargado por el propio prestador del servicio de comunicación o una empresa filial de este último

⁸⁶ Y por tanto, de interferencia en la labor del realizar del mismo.

⁸⁷ Consiguiendo con esto, que se elimine la posibilidad de que esta figura pueda calificarse como publicidad encubierta, evitando el error de los consumidores en torno a la naturaleza y finalidad del emplazamiento.

⁸⁸ Confirmando esto, la STJUE de 9 de Junio de 2011 ha establecido que “la existencia de una remuneración o de un pago similar no constituye un elemento necesario para poder determinar el carácter intencional de una publicidad encubierta” como ocurre en el caso del product placement.

comunitario⁸⁹, ya que aquí se establece el derecho al emplazamiento de producto⁹⁰ (cierto es bajo unas condiciones y requisitos previamente establecidos). De esta manera, el artículo 17 de la LGCA establece: *1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir con emplazamiento de productos largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento. En el resto de programas únicamente se podrá realizar el emplazamiento de productos a cambio del suministro gratuito de bienes o servicios, así como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa. 2. Cuando el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales, el público debe ser claramente informado del emplazamiento del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria. 3. El emplazamiento no puede condicionar la independencia editorial. Tampoco puede incitar directamente la compra o arrendamientos de bienes o servicios, realizar promociones concretas de éstos o dar prominencia indebida al producto. 4. Queda prohibido el emplazamiento de producto en la programación infantil.* Por ello, habrá que analizar los requisitos que debe cumplir el product placement a la luz de lo fijado en esta disposición

En primer lugar es necesario hacer mención a las Directrices dictadas por la S.E.T.S.I.⁹¹. Esta institución a pesar de la falta de regulación existente hasta la introducción del product placement en nuestro ordenamiento, siguiendo lo dispuesto en la Directiva 2007/65/CE, ya había venido reconociendo en las distintas resoluciones administrativas que el emplazamiento de producto es una actividad autorizada por la Administración, diferente de la publicidad encubierta siempre que se produzca en determinadas condiciones^{92,93}. Ahora, los requisitos que debe reunir el product placement han quedado

⁸⁹ El legislador comunitario en la Directiva 2007/65/CE fijaba el principio general de ilicitud de esta modalidad publicitaria, estableciendo excepciones a este cuando se cumplieran cierto requisitos en determinados espacios de comunicación.

⁹⁰ Cabe destacar la mención expresa que se hace en el apartado primero del precepto decimos séptimo al “derecho a emitir con emplazamiento de productos”, lo que supone una auténtica novedad en nuestro Ordenamiento Jurídico.

⁹¹ Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

⁹² Posee trascendencia la Circular de la S.E.T.S.I. AG/AES/.../04 10 publicada (con anterioridad a modificación de la LGCA) en el apartado correspondiente a dicha Secretaría en la página web del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio relativa a que los distintos operadores adopten las medidas necesarias para evitar que determinados emplazamientos de productos o servicios deriven en prácticas ilícitas.

⁹³ <http://www.mityc.es/dgdsi/mediosaudiovisuales/contenidos/Publicidad/Paginas/circulares.aspx>.

determinados, como ya hemos visto en el art. 17 de LGCA⁹⁴, en atención a los cuales se debe indicar lo siguiente:

- A la hora de hablar de obras audiovisuales se consideran aptas para el product placement, estas serían aquellas obras audiovisuales donde se puede realizar emplazamiento de producto en sentido estricto⁹⁵, siendo éstas largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento.⁹⁶ Añadiendo a esto, que en el resto de programas únicamente se podrá realizar el emplazamiento de productos a cambio del suministro gratuito de bienes o servicios, así como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa.
- En relación a la información que debe ser suministrada al público, se recoge el requisito ya previsto en el Considerando 60 de la Directiva 2007/65/CE, LGCA ya que se ha establecido una exigencia consistente en que, cuando el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales, el público debe ser claramente informado del emplazamiento del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria. Si efectuamos una interpretación literal del precepto⁹⁷, entendemos que las informaciones a que se refiere la norma solo operan en los casos en los que el programa ha sido directamente producido o encargado por el prestador del servicio, esto es, por el titular del producto emplazado. De esta forma, haciendo una interpretación a sensu contrario, dichas informaciones no serían necesarias en la mayoría de obras audiovisuales, donde el titular del producto emplazado ni produce ni encarga la misma⁹⁸.
- Se establece la prohibición de condicionamiento de independencia editorial, es decir, este precepto dispone que el emplazamiento de producto no puede condicionar de modo alguno la independencia editorial siendo este un requisito que incorpora al Derecho positivo la exigencia de la S.E.T.S.I. en relación a que el product placement debe estar incardinado en la trama, de forma que el contenido del guion no se vea influido artificialmente.

⁹⁴ Que además de recoger las directrices de la Directiva 2007/65/CE, recoge los criterios establecidos por la S.E.T.S.I. a los que anteriormente se aludió.

⁹⁵ Es decir, a cambio de una contraprestación económica.

⁹⁶ Artículo 17.1 LGCA

⁹⁷ Y sin perjuicio de lo que establezca la S.E.T.S.I. respecto a este asunto.

⁹⁸ Artículo 17.2 LGCA

- Cuando nos referimos a la prohibición de promoción de productos, debe ser entendida en el sentido de que el product placement no puede incitar directamente la compra o arrendamientos de bienes o servicios ni realizar promociones concretas de éstos, es decir no se puede realizar mención verbal del producto ni de sus virtudes o ventajas, pues ello desnaturalizaría la propia esencia y naturaleza del product placement, que es una suerte de publicidad sutil incardinada en un contexto y, que por tanto, nunca debe ocupar un primer plano
- La prohibición de prominencia indebida al producto. Este requisito comporta una triple perspectiva, ya que se puede considerar que aglutina tres presupuestos que ya venía exigiendo a lo largo de los últimos años la S.E.T.S.I. En primer lugar, no debe resaltarse artificiosamente la presencia del producto, además el product placement debe formar parte del decorado sin llegar a desvirtuar su condición de elemento decorativo en la escena y por último, este no puede remarcarse artificialmente mediante encuadres o movimientos de cámara⁹⁹.
- Con la prohibición del emplazamiento de producto en la programación infantil se incorpora también lo establecido en el apartado 2 del art. 3 octies de la Directiva 2007/65/CE.
- El último requisito recae en la prohibición de productos cuya publicidad se halla prohibida.

Pues bien, éste último debe relacionarse con el art. 18 de la LGCA, donde se establece los productos cuya publicidad se halla expresamente prohibida, y que por tanto no cabe la utilización de product placement. De este artículo, el cual determina las comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas, se desprende: En primer lugar una previsión general¹⁰⁰, en relación a la prohibición de toda comunicación comercial que vulnere la dignidad humana o fomente la discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual, así como la que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio. Se alude también a la prohibición general de la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales¹⁰¹. Además existen

⁹⁹ Estas tres últimas notas, se establecen en virtud del artículo 17.3 LGCA.

¹⁰⁰ Acorde con lo dispuesto en el art. 14 de la CE, que establece la denominada clausula general de igualdad.

¹⁰¹ Remisión a lo dicho en la página 26 acerca del artículo 18.2 LGCA.

supuestos específicos¹⁰² que establecen de forma expresa prohibiciones de realizar comunicación comercial, y por tanto el product placement, siendo estos: a) la prohibición con carácter general de cualquier comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud. b) La comunicación comercial de cigarrillos y demás productos del tabaco así como de las empresas que los producen¹⁰³. c) La comunicación comercial de medicamentos y productos sanitarios que contravenga lo dispuesto en el art. 78, apartados 1 y 5, de la Ley 29/2006.¹⁰⁴ d) La comunicación comercial de bebidas alcohólicas con un nivel superior de veinte grados¹⁰⁵. En el supuesto de las bebidas alcohólicas con un nivel inferior de veinte grados, se podrá realizar comunicación comercial o product placement, con ciertos límites: No puede emitirse fuera de la franja de tiempo entre las 20:30- 6:00 h del día siguiente, salvo que esta publicidad forme parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir; y además no puede estar dirigida a menores, ni fomentar el consumo inmoderado ni asociar el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud. e) Por último, se debe aludir a la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para el medio ambiente o para la seguridad de las personas. Así como, la comunicación comercial de naturaleza política.¹⁰⁶

Tras el anterior análisis resulta adecuado hacer una breve referencia a jurisprudencia, tanto de la jurisdicción Contencioso-Administrativa como de la Civil, dictada por apreciar la existencia del uso indebido de la técnica del product placement. Por ejemplo, la SAN de 10 de Noviembre de 2009¹⁰⁷ confirma la Resolución de la S.E.T.S.I. de fecha 27 de Noviembre de 2007 por la que se imponían dos multas por un importe total de 162.700 € (50.200 € correspondientes a la infracción por product placement, y multa de 112.500 € correspondiente a la infracción por exceso en las interrupciones publicitarias) por la comisión de dos infracciones por la presentación del producto “Largometraje

¹⁰² Fijados en los apartados 3 a 6 del art. 18 de la LGCA

¹⁰³ La SAN de 11 de Octubre de 2007 impuso una sanción por una infracción consistente en hacer una mención expresa de una marca de tabaco (Ducados) en el diálogo de los personajes de una serie de televisión

¹⁰⁴ Por tanto la prohibición recae sobre: los financiados con fondos públicos, que para su utilización requieran la intervención de un médico (no es aplicable si solo requiere la intervención de un farmacéutico) que realice el diagnóstico, la prescripción o el seguimiento del tratamiento o que constituyan sustancias psicotrópicas o estupefacientes con arreglo a lo definido en los convenios internacionales

¹⁰⁵ Merece alusión por pronunciarse expresamente sobre ello, la SAN de 25 de Octubre de 2010 14, que sancionó la infracción cometida por la exhibición en varias escenas de una serie de televisión de botellas con etiquetas de bebidas alcohólicas (anís y whisky).

¹⁰⁶ Sin perjuicio de los supuestos previstos por la LOREG respecto de las campañas electorales.

¹⁰⁷ Dictada por la Sección 8ª Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

300” en La Sexta Noticias , al haberse mezclado la imagen de 300 espartanos con imágenes de fútbol relativas a la información que se estaba ofreciendo. Similar es el caso que trató la SAN de 24 de Febrero de 2011, ya que confirmo la Resolución de la S.E.T.S.I. de fecha 7 de Julio de 2009 por la que se imponen dos multas por importe de 49.270 € y 56.670 € , respectivamente, por la comisión de dos infracciones por la presentación de los productos “Yosport del Grupo Pascual” en la serie “La Lola” y del producto “Nancy paseo en bici de Famosa” en la serie ”El Internado” , ambas emitidas en Antena 3. En ambos casos se consideró que los hechos constituyeron publicidad encubierta, lo que supone vulneración del art. 9.2 LGP,. Es importante aludir también a la ya señalada, SAN de 11 de Octubre de 2007 por la que se impone una multa por importe de 60.000 € por la comisión de dos infracciones por la presentación del producto “Ducados” en la serie “Aída” de Tele 5, al haber una escena, que se desarrolla en una casa donde se va a realizar una sesión de espiritismo, donde entra en escena el personaje “Luisma” diciendo: «Vamos al lío, que he traído una botella de coñac y un cartón de Ducados, ya verás cómo con esto se manifiesta mi padre». En una mano lleva la botella de coñac, sin que se identifique la marca, y en la otra lleva un cartón de Ducados claramente identificable. En este caso el product placement se utiliza para publicitar ciertos productos, que por prohibición expresa no están permitidos de sustentar forma alguna de comunicación comercial. En relación a la jurisdicción civil, se debe señalar que se suele mostrar más tolerante, esto se aprecia como en muchas otras en la SAP A Coruña de 28 de Enero de 2008, que aun utilizando idénticos criterios a los de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la diferencia radica en la interpretación que se hace de ellos, que trae como consecuencia alcanzar la conclusión de que no se ha cometido una infracción, aun tratándose de un emplazamiento de producto de la marca de tabaco “Nobel” en el programa “Pratos combinados” emitido en TVG.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Nos remitimos al posterior apartado de Jurisprudencia, donde se citará un mayor número de sentencias cuya resolución es importante para el análisis y estudio del product placement. Como pueden serlo las SAN de 22 de Mayo de 2007, SAN de 23 de Marzo de 2009 , SAN de 25 de Octubre de 2010.

5.- Conclusiones generales.

Tras el estudio y análisis de la publicidad encubierta y el emplazamiento de producto, hemos de llegar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar el legislador comunitario, ha tomado conciencia de la importancia de estas prácticas o modalidades publicitarias en las comunicaciones comerciales actuales, y por ello se ha visto obligado en los últimos años a matizar su régimen jurídico, y fijar de un modo más restrictivo los requisitos necesarios para que estas conductas no den lugar a prácticas comerciales ilícitas, y por ello desleales. El principal motivo de este actuar legislativo, es la evolución o avance de la publicidad en la sociedad, ya que actualmente, ésta se introduce en medios que resultaban totalmente inhóspitos para esta actividad hace no muchos años. Por ello, el afán que persigue la regulación comunitaria debido a la habitualidad de estas prácticas, no es otro que conseguir que la publicidad se vea sometida a un mayor control, que posee el fin último de tutela de los intereses del público destinatario, para que éste quede satisfactoriamente protegido. Esta mentalidad lleva a fijar mediante diversas directivas un régimen europeo, en el que con carácter general la publicidad encubierta y el emplazamiento de producto quedan prohibidos, permitiendo la admisibilidad de la segunda figura si cumple diversos requisitos, o si se encuadra en determinadas obras audiovisuales.

En segundo lugar, la catalogación de práctica desleal de la publicidad encubierta, a la luz de la LCD, resulta trascendente para la protección de los intereses de los consumidores y usuarios. Obviamente estos sujetos se encuentran en una relación de inferioridad respecto a los operadores económicos, ya que estos utilizan estas modalidades publicitarias para influir en los hábitos y conductas de los consumidores, y que así estos adopten un determinado comportamiento económico respecto a los bienes, productos o servicios que los operadores les presentan. Al permitir catalogar estas prácticas comerciales encubiertas como desleales se facilita la protección de los consumidores, ser sujetos activos de un amplio número de acciones que persiguen tal fin.

En tercer lugar, debemos concluir que la aparición de la publicidad encubierta no tendría lugar, si la actividad publicitaria no se rigiera por el principio de autenticidad, conformándose como un principio básico y rector de la publicidad. Y que desde el punto de vista expresado en nuestro trabajo, resultaría imposible, a día de hoy, entender

el Derecho de la publicidad sin la existencia de este principio, ya que parece impensable que se permitiera a los destinatarios de prácticas comerciales o publicitarias el abstenerse de conocer la verdadera naturaleza de éstas. Consecuentemente la ilicitud de estas prácticas encubiertas, desaparece en el momento que son identificadas ante los sujetos a los que se dirige.

En cuarto lugar, es necesario aludir a la connotación económica existente en toda la industria publicitaria, centrándonos en nuestro caso en el product placement. En este aspecto, hemos de llegar a la conclusión que la rápida expansión de esta modalidad publicitaria no podría explicarse sin los beneficios que proporciona a sus usuarios, es decir, a los medios o productores audiovisuales que encuadran esta técnica bajo sus contenidos de distinta naturaleza. De hecho, se llega al punto que estos ven condicionada su existencia por ser el emplazamiento de producto un importante instrumento de financiación, debido a la que permite la obtención de liquidez en un momento previo a la elaboración de la obra audiovisual.

En quinto lugar, en relación a la vinculación de las dos figuras objeto de este trabajo, concluyo que aunque en un primer momento diversos autores entenderían el product placement como una modalidad más de la publicidad encubierta, en la regulación actual este ha adquirido una dimensión parcialmente autónoma debido a su drástica evolución y a su amplísima introducción en todo tipo de medios de comunicación, lo cual ha sido factor clave a la hora de determinar su régimen jurídico y los límites a su uso, tanto en el plano comunitario como en el plano nacional. De hecho Esta conclusión se desprende de la normativa española, ya que LGCA, establece una regulación explícita relativa a la técnica del product placement, que se considera expresamente distinta de la comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta. Aspecto que no impide entender que en el momento que no se cumplen los requisitos legales establecidos para la utilización del product placement, unido a la existencia de un propósito publicitario, la conducta publicitaria se revele como verdadera publicidad encubierta y con ello convirtiéndose en una práctica ilícita a luz del ordenamiento jurídico como se ha desarrollado en este trabajo. Por todo lo anteriormente expuesto debemos concluir, que a día de hoy existe una singularidad parcial concedida a la regulación publicitaria en el ordenamiento jurídico, ya que la normativa comunitaria, ha determinado la necesaria vinculación de ésta con el Derecho de la Competencia Desleal.

6.- Bibliografía.

ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., “Tratamiento jurídico de la publicidad ilícita en el nuevo Derecho de la Publicidad”, RDM, núm. 193-194, 1989.

AYALA MUÑOZ, J. M^a., “Aspectos jurídico procesales del nuevo derecho de la competencia desleal”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución* , núm. 7, pág. 201.

BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F; *Manual de derecho Mercantil*, 20^a edición, I vol., 2013, Madrid.

CASTELO, M; ANDIÓN J; “Emplazamiento de productos (product placement) en la nueva legislación de comunicación audiovisual. Comparación con la regulación en los Estados Unidos de América”. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* núm. 34/2012 1. BIB 2012\376

DE LA CUESTA RUTE, J. M^a., *Curso de Derecho de la Publicidad*, Eunsa, Pamplona, 2002.

FERNÁNDEZ CARBALLO CALERO, P., “Product placement o emplazamiento de productos” *ADI*, núm. 28, 2007-2008.

FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., “La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, *Revista de Autocontrol*, núm. 108, 2006.

FERNÁNDEZ-NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

IRACULIS ARREGUI, NEREA, “Prácticas comerciales encubiertas” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 8/2011. BIB 2011\1667

LEMA DEVESA, C., “La publicidad desleal: modalidades y problemas”, RGD, núms. 562-563, 1991.

LÓPEZ GUTIÉRREZ, J; Regulación actual del product placement.; *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 6/2011. BIB 2011\353.

MARGAZO, F., “La nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual”, *Autocontrol* núm. 127,2007

MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 2006,

MÉNDIZ NOGUERO, P., *Nuevas formas publicitarias: patrocinio, product placement, publicidad en internet*, Universidad de Málaga, Málaga, 2000.

MORALES NAVARRO, C., *La regulación normativa de la emisión de publicidad por televisión española*.

PINO ABAD, M., *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1991

SANTAELLA LÓPEZ, M., *El nuevo Derecho de la Publicidad*, Civitas, Madrid, 1989

TATO PLAZA, “Product placement y publicidad encubierta (Comentario a las resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de Abril y 4 de Junio de 2011 en el caso “Soberano”, *ADI*, vol. XXII, 2001.

TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, LA LEY, Madrid, 2010.

TOBÍO RIVAS, A. M^a., «La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria» *RDM* , núm. 237, 2000

VIERA GONZÁLEZ, A. J., «La tipificación de los ilícitos concurrenciales en la reforma del Derecho español de competencia desleal», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010.

Jurisprudencia.

STJUE de 9 de Junio de 2011 as. C-52/10 Eleftheri tileorasi AE “ALTER CHANNEL”
and Konstantinos Giannikos vs Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis and
Ethniko Symvoulío Radiotileorasis

SAN de 23 de Marzo de 2009

SAN de 25 de Octubre de 2010

SAN de 22 de Mayo de 2007

SAN de 26 de Julio de 2007

SAN de 11 de Octubre de 2007

SAN de 19 de Febrero de 2008

SAN de 23 de Marzo de 2009

SAN de 29 de Mayo de 2009

SAN de 2 de Noviembre de 2009

SAN de 10 de Noviembre de 2009

SAN de 25 de Octubre de 2010

SAN de 11 de Noviembre de 2010

SAN de 24 de Febrero de 2011

SAP de Madrid 387/2007 de 15 marzo

SAP de Madrid 448/2004 de 2 julio